

松 山 大 学 論 集
第 24 卷 第 6 号 抜 刷
2 0 1 3 年 2 月 発 行

中国成年監護制度の現状とその未来像

—— 日本法への示唆を兼ねて ——

銭 偉 栄

中国成年監護制度の現状とその未来像

—— 日本法への示唆を兼ねて ——

銭 偉 栄

一 問題の提起

1 現行成年監護制度の基本的な枠組みとその特徴

中国現行成年監護制度の基本をなしているのは、民法通則（1987年1月1日施行。以下、条文を引用するときは「通則」と略称する。）および司法解释である民法通則の施行に関する最高人民法院の意見（以下、条文を引用するときは「通則意見」と略称する。）¹⁾である。そのほかに、制限行為能力者の行為の効力に関する例外規定を定める契約法（1999年10月1日施行。以下、条文を引用するときは「中契」と略称する。）47条と、監護人の責任を定める不法行為責任法（2010年7月1日施行。以下、条文を引用するときは「不法行為法」と略称する。）32条があるのみである²⁾。

民法通則制定当時、家族の福祉的機能を重視するという伝統的な考え方が根強く存在していたことと、社会主義計画経済体制の下、個人が取引に参加する機会が少なく、また個人がそれほどめばしい資産を所有しているわけでもないで、判断能力の不十分さゆえに取引により不利益を被ることもほとんど考えられない。このような社会経済事情および社会生活関係が現行成年監護制度を特徴づけた。

たとえば、その特徴の1つとして、制度体系自体が形成されていないことを挙げることができる。全体で156か条からなる民法通則に、成年監護に関する条文はわずか7か条しかない。その第2章第2節「監護」中の監護人の決定手

続きに関する規定（通則 17 条）、監護人の職務・権限および責任に関する規定（同 18 条）および、行為無能力または制限行為能力の宣告（以下、「行為無能力等の宣告」という。）に関する規定（同 19 条）の 3 か条のほか、行為無能力者または制限行為能力者（以下、「行為無能力者等」という。）の行為能力に関する規定（同 13 条）、その法定代理人に関する規定（同 14 条）、行為無能力者等のした法律行為の効力に関する規定（同 58 条 1 項 1 ～ 2 号）、監護人の監督義務者責任に関する規定（同 133 条）である³⁾。

もう 1 つの特徴は、親族監護中心の構造を採用していることである。すなわち、成年者が行為無能力等の宣告を受けた場合には、その者の近親者が、①配偶者、②父母、③成人の子、④祖父母および成人の兄弟姉妹（以下、これらの者を「法定監護義務者」という。）という順序の順位で、法律上当然に監護人になることである（通則 17 条 1 項）。

さらに、個人の勤務先に過ぎない「所在单位」が公権力に準じた地位を与えられていることも特徴の 1 つと言えよう。つまり、本人の勤務先は、法定監護義務者以外の第三者が監護人を引き受ける意思を有する場合の同意権（通則 17 条 1 項 5 号）、および監護人の選任（指定）権（同条 2 項 1 文）を有すると同時に、適任者がいない場合に本人の住所地の住民委員会、村民委員会もしくは民政部门とともに、社会および国の代わりにその監護人を引き受けることを義務付けられている（同条 3 項）⁴⁾。

2 民法通則施行後の中国社会の変化

しかし、民法通則施行以来今日に至るまでの約 30 年間、中国の社会経済構造や社会生活関係にさまざまな変化が生じた。これらの変化のうち、とりわけ、高齢化社会の到来と社会経済体制の構造的転換が、現行成年監護制度の再構築を迫る。

(1) 高齢化社会の到来

(ア) 中国は、2000年に高齢化率⁵⁾が7%に達し、高齢化社会に突入した。高齢化が急激に進む原因として、まず、第1次ベビーブーム(1949～1957年)と第2次ベビーブーム(1962～1970年)⁶⁾で生まれた人⁷⁾が2014年から相次いで高齢者になることおよび平均寿命の伸長⁸⁾による65歳以上の人口の増加が挙げられる。もう一つの原因は、少子化の進行による若年人口の減少である。それに拍車をかけたのが、中国政府が20世紀70年代以降、急激に増加する人口の抑止策として打ち出された「計画生育」(いわゆる一人っ子政策)である。20世紀80年代に入ってから、同政策は国の基本的政策として位置付けられ、厳格に実施されるようになった。その結果、人口増加速度の抑制という所期の目的を達成することはできた⁹⁾。しかしその反面、これから増加することが予想される高齢者を支える家族が急激に減少することになった。2010年11月現在、高齢者世帯(65歳以上の人のいる世帯)に占める高齢者夫婦のみの世帯の割合は15.37%、高齢者の単独世帯の割合は16.40%(合計31.77%)を占めていると推計され、「空巢老人」と呼ばれる高齢者のみの世帯の増加が大きな社会問題として注目を浴びている¹⁰⁾。近い将来、日本と同じかもしくは日本以上に速いスピードで高齢社会(高齢化率14%以上)ないし超高齢社会(高齢化率21%以上)に突入することが推測される¹¹⁾(【表1】参照)。

【表1】高齢化率倍加年数の日中比較¹²⁾

	7%～14%	14%～21%
中 国	25年(2000～2025) ただし、推計値	15年(2025～2040) ただし、推計値
日 本	24年(1970～1994)	13年(1994～2007)

(イ) 平均寿命の伸長による高齢者人口の増加は認知症高齢者の増加につながる。認知症の発症率は高齢になればなるほど高くなる、と一般的にいわれており、中国では、65～79歳までの老年期認知症有病率は7.2%、80歳以上の有

病率は15%～20%とされているからである¹³⁾ 中国老年保健協会によると、老年期認知症患者の数はおよそ600万人に達するものと推測されている¹⁴⁾

このように、加齢とともに身上監護や意思決定の支援を必要とする高齢者が増える一方で、本来これを支援する立場にある家族は反対に減少し続けている。これが、親族監護を中心とする現行成年監護の再構築を迫る最大の要因である。

(2) 社会経済体制の構造的転換

後述三六(1)のように、1978年に始まった一連の経済体制の改革は、1992年に至っては、ついに社会主義計画経済から社会主義市場経済への社会経済体制の構造的転換に結び付いた。これにより、企業の終身雇用制が終わりを告げ、勤務先が国の代わりにもっていた行政的機能および福祉的機能も大きく減退ないし消滅した。そのため、勤務先を中心に構築された公的監護制度を見直す必要に迫られている。

3 本稿の目的

高齢化社会の到来および勤務先のもつ福祉的機能の減退により、勤務先監護人制度や、親族監護中心の構造をもつ現行成年監護制度ではもはや十分に対応できなくなっていることは、すでに指摘されている¹⁵⁾ さらに、依然として被保護者本人の行為能力をなく奪または一般的に制限することを指向する行為無能力等の宣告を出発点とする現行成年監護制度は、ノーマライゼーションや被保護者本人の自己決定の尊重などが成年後見制度の基本的理念として確立されつつあるという世界的潮流に反することも明らかである。したがって、親族監護中心の構造ないし成年監護制度全般を見直し、高齢化社会ないし高齢社会のニーズに適応する成年監護制度の整備が今後の立法の急務となろう。このような問題意識の下で、中国国内では、新しい成年監護制度に関するいくつかの提案がなされている¹⁶⁾

以下において、まず、中国成年監護制度の現状を概観する。その上、近年日本、台湾および韓国で行われた成年後見（監護）法改正の精神および内容に照らし合わせつつ、中国成年監護制度の未来像を素描する。最後に、日本成年後見制度の更なる充実と発展を目指すために何が必要かを考えることとする。

二 成年監護制度の現状

1 行為無能力等の宣告とその取消し

(1) 行為無能力等の宣告

(ア) 現行法の明文上、人民法院は、利害関係人の請求により、「自己の行為を弁識することができない者」については、行為無能力者とする旨の宣告をし（通則 19 条 1 項、13 条 1 項）、「自己の行為を不完全にしか弁識することができない者」については、制限民事行為能力者とする旨の宣告をすることができる（通則 19 条 1 項、13 条 2 項）。

成年監護の対象は、行為無能力者と制限行為能力者の 2 種類に分類されているが、しかしその対象はいずれも精神病者に限定されている（通則 19 条 1 項、13 条参照）。ただし、立法趣旨は、認知症患者を含むものとされている¹⁷⁾。民法通則施行後、その範囲は通則意見により認知症患者にまで拡大され（同 5 条）、学説もおおむねこれを支持している¹⁸⁾。さらに、遷延性意識障害（いわゆる植物状態）により判断能力の全部を喪失した者を行為無能力者とする旨の宣告をした裁判例も現れている¹⁹⁾。

(イ) 「自己の行為を弁識することができない」とは、判断能力および自己保護能力を欠き、その行為の効果を認識することができないことをいう。そして、「自己の行為を不完全にしか弁識することができない」とは、比較的に複雑な物事または比較的に重大な行為に対して判断能力および自己保護能力を欠き、かつ、その行為の効果を予見することができないことをいう（通則意見 5 条）。

人民法院は、本人を行為無能力者等とする旨の宣告の請求を受けた場合において、必要があると認めるときは、本人に対し、精神鑑定を行い（中国民事訴訟

訟法 188 条。以下、「中民訴」と略称する。), 司法精神病学鑑定または病院の診断および鑑定の結果に基づき, 本人に精神上の障害を有するかどうかを判断しなければならない。上記の鑑定または診断を行うことができる状況にない——たとえば, 当該地域に精神科病院が設置されていないなど——ときは, 人民法院は, 本人の周辺にいる一般市民によって公認される本人の精神的状態を参考にして判断することができる。ただし, これに対して利害関係人に異議がない場合に限る(通則意見 7 条)。

人民法院は, 行為無能力等の宣告をするに先立ち, 本人の健康状況が許す限り, 本人の意見を聴取しなければならない(中民訴 189 条 1 項 3 文)。本人の自己決定の尊重の理念を反映させるものといえよう。

(ウ) 通則 19 条 1 項にいう「利害関係人」とは, 近親者またはその他の利害関係人をいうものとされている(中民訴 187 条 1 項参照)。

近親者とは, 一般に配偶者および日本でいう 2 親等内の親族, すなわち父母, 子, 兄弟姉妹, 祖父母および孫を指すものとされている(通則意見 12 条参照)。この点については, 異論をみないが, 「その他の利害関係人」にどのような者が含まれるかについては, 見解が分かれている。本人の債権者または債務者を含むものと解する説²⁰⁾や, 本人の勤務先を含むものと解する説²¹⁾がある。

(エ) 行為無能力等の宣告が遡及効を有するか。つまり, 行為無能力等の宣告を受ける前に本人のした法律行為について, 行為無能力等の宣告を受けたことを理由にその効力を否定することができるか。取引の安全を図る観点からすれば, 遡及効を認めるべきではないであろう²²⁾。しかし, 通則意見 8 条 1 項は, 「訴訟中, 当事者及びその利害関係人から一方の当事者が精神病(認知症を含む)に罹患している旨の申し出がある場合において, 人民法院は, それを認定する必要が確かにあると認めるときは, 民事訴訟法(試行)[現民事訴訟法—筆者注]規定の特別手続に従って, 当該当事者が民事行為能力を有するか否かについて判決を出さなければならない。」と定めており, 明文上, 同規定は, 行為無能力等の宣告が遡及効を有する旨を規定するものと理解することもでき

るようである。取引に必要とされるだけの判断能力を有しない者がした法律行為の効力を否定するための道具としては、本来ならば、意思無能力による無効が有用であろう。しかし、中国の民法理論にその道具が用意されていない結果、行為無能力等の宣告に遡及効を持たせ、本人がその宣告を受ける前にした法律行為の効力を否定することとしたのではなかろうか。

(2) 行為無能力等の宣告の取消し

本人の精神的健康状況が回復され、本人を行為無能力者または制限行為能力者とする旨の宣告の原因が消滅したと認められるときは、人民法院は、本人またはその利害関係人の請求により、行為無能力等の宣告を取り消し、その者を制限行為能力者または行為能力者とする旨の宣告をすることができる（通則19条2項、中民訴190条）。

2 監護の開始

(1) 概 説

行為無能力等の宣告を受けた者には、監護人がつく。しかし、その手続は、家庭裁判所が成年後見開始等の審判をするときに成年後見人等を選任とする日本法と異なり、一次的には、まず法律の定める順序の順位に従って当然に定まるという仕組みになっている。これは一般に「法定監護」と言われる。これによって決まらないときは、本人の勤務先または住所地の住民委員会もしくは村民委員会（以下、「住民委員会等」と略称する。）が本人の近親者の中から監護人を指定し、住民委員会等の指定に不服があるときにはじめて、人民法院に監護人の指定を請求することができる。住民委員会等および人民法院により監護人が指定される場合は、一般に「指定監護」と呼ばれる²³⁾。しかし、この仕組みによると、行為無能力等の宣告を受けた時すなわち監護開始の時から監護人が選任されるまでの間にタイム・ラグが生じ、これによって本人に不利益を生じるおそれがあると指摘されている²⁴⁾。もっとも、実務レベルでは、法院が監

護人を選任するまでの間は、通則17条1項1号から4号までに定められている者（以下、「法定監護義務者」という。）が同項の定める順序の順位に従って監護の義務を負うとされている（通則意見19条2項）ので、本人への不利益を回避するための手当ては用意されている。

現行法においては、任意後見に相当する任意監護や監護監督に関する規定は設けられていない。また、監護開始の公示方法に関する規定もない。

（2）法定監護

行為無能力等の宣告を受けた者について、その監護人は、法律で定める順序の順位に従って当然定まることになっている。通則17条1項によれば、その順位は、①配偶者、②父母、③成人の子、④その他の近親者および、⑤行為無能力者または制限行為能力者と密接な関係にあるその他の親族および友人であって、任意にその監護の職責を引き受ける意向があり、かつ、行為無能力者または制限行為能力者の勤務先または住所地の住民委員会もしくは村民委員会の同意を得たものである。そのうち、①から④までの者は法定の監護義務を負っているのに対して、⑤の者は法定の監護義務を負わない。

同順位の法定監護義務者——たとえば兄弟姉妹またはその他の近親者——が数人いる場合には、当事者間の協議により、そのうちの1人または数人を監護人と定めることができる（通則意見15条）。

（3）指定監護

（ア）住民委員会等による指定

当事者間の協議により監護人が定まらないときは、まず、住民委員会等が近親者の中から監護人を指定する（通則17条2項）²⁵⁾

監護人の選任（指定）という本来公権力が行使すべき権能を本人の勤務先、住所地の住民委員会もしくは村民委員会に付与するのは、次の考慮に基づく。

①住民の自治に委ねるべきであること、②末端の行政機関（郷政府および区の

派出機関である街道弁事処)の所轄範囲が広すぎて、当事者にとって不便であること、③住民または村民の状況については、末端の行政機関よりも住民委員会または村民委員会のほうがよく把握していること、である²⁶⁾。これらの機関が「準公権力」とみなされていたからだと思われる²⁷⁾。

住民委員会等の指定を経ないで直ちに法院に監護人指定の訴えを提起することはできないとされている(通則意見16条2文)。しかし、実務では、法院が行為無能力等の宣告をすると同時に、住民委員会等の指定を経ずに、直ちに監護人を指定する例がある²⁸⁾。

次に述べる法院による指定の場合における準則は、住民委員会等が監護人を指定する場合についても適用されると解すべきであろう²⁹⁾。

住民委員会等による指定は、書面または口頭により、指定を受けた者に通知した時からその効力を生ずる(通則意見17条1文)³⁰⁾。

(イ) 法院による指定

住民委員会等による監護人の指定を受けた者は、その指定に不服があるときは、指定の通知を受けた日から30日以内に、人民法院に対し、監護人指定の裁決を申し立てることができる(通則17条2項2文、通則意見17条2文)³¹⁾。当該期間を過ぎたときは、監護関係の変更の訴えによるものとされる(通則意見17条3文)。

人民法院は、次の基準に従って、監護人を指定しなければならないとされている。①民法通則17条1項1号から5号までに掲げる順序の順位に従って監護人を指定することができる。②先順位の法定監護義務者が監護人の適格性を有せず、またはその者が監護人となるのは被監護人にとって明らかに不利な場合は、被監護人に有利であるとの原則に従って、後順位の法定監護義務者の中からもっとも被監護人の利益に適する者を監護人に指定することができる³²⁾。③被監護人に弁識能力を有するときは、具体的な状況に応じて本人の意見を聞いた上で監護人を指定しなければならない(通則意見14条1項)。本人の自己決定の尊重の理念はここにも反映されている。

監護人の就職について争いが生じたときは、本人に不利益を与えないようにするため、法院による監護人指定の判決が確定されるまでの間、法定監護義務者は、民法通則17条1項1号から4号までに掲げる順序の順位に従って監護事務を引き受けなければならない（通則意見19条2項）。住民委員会等から監護人の指定を受けた者が不服の申立てをしたときは、その者が、法院による監護人指定の判決が確定されるまでに監護事務を負うものと解すべきであろう。³³⁾

(4) 機関・団体監護人

民法通則17条1項に定める者の中に監護人となる適任者がいないときは、行為無能力者等の勤務先または住所地の住民委員会、村民委員会もしくは民政部門³⁴⁾がその監護人となる（同条3項）。これらの機関・団体の間の優先順位については、とくに規定はないが、監護の利便性を考慮し、被監護人に有利であるとの原則に従って定めるべきであるとする説がある。³⁵⁾

同規定が二次的に本人の勤務先または住所地の住民委員会、村民委員会もしくは民政部門に監護義務を負わせるのは、本人の利益の保護を図るとともに、社会秩序を守るために講じた社会保障措置である³⁶⁾。学説には、これを公職監護人と解するものがある³⁷⁾。

(5) 監護人の適格性

監護人は、被監護人の人身、財産およびその他の合法的な権利利益を保護する義務を負う（通則18条1項）ので、監護人となる者は、監護事務を行うのにふさわしい適格性を有しなければならない。民法通則は、未成年監護に関してその旨を明らかにしている（通則16条2項柱書き）が、成年監護に関して同様に解すべきであろう（通則意見14条1項参照）。

監護人の適格性を有するかどうかは、「監護人の身体的健康状態、経済的能力および被監護人との生活上の連絡状況等」によって判断される（通則意見11条）。学説では、行為無能力者および制限行為能力者は監護人の適格性を有

しないと解するのが一般的である³⁸⁾。

(6) 監護人の数

監護人は、1人または同一順序中の数人であってもよいとされている（通則意見14条2項）³⁹⁾。

3 行為無能力者等の行為能力

(1) 行為無能力者の行為能力

(ア) 行為無能力者は、原則として単独で法律行為をすることができず、その法定代理人が代わりにすることになる（通則13条1項）。もっとも、単に権利を得るだけ——たとえば、報奨金、贈与、報酬を得るなど——の法律行為については、行為無能力者は単独ですることができ、他人がその無効を主張することができない（通則意見6条）。

しかし、報酬は通常、労務提供の対価として支払われるので、通則意見6条にいう「報酬を得ること」が単に権利を得るだけの法律行為であるとは考えにくい。この場合、そもそも労務提供契約自体の有効性が問われる可能性があるのではなかろうか。

(イ) 行為無能力者がした法律行為は無効である（通則58条1項1号）。この無効は確定的無効、絶対的無効と解される⁴⁰⁾から、法定代理人の追認によってこれを有効とすることが認められない。

行為無能力者のした法律行為を無効とする目的は行為無能力者を保護するためにあるということを考えれば、これを確定的無効・絶対的無効とするのは行き過ぎであろう。そのため、民法通則のこの規定に批判的な学説も少なくない⁴¹⁾。契約法の制定過程では、行為無能力者が法律の規定に反してした契約の効力を、制限行為能力者のそれと同様に「不確定的無効」とすべきだというのが多数意見であり、全国人民代表大会（国会に相当する。）常務委員会が1998年9月4日付でパブリックコメントのために公表した契約法草案47条もまた

そのように規定していたが、最終段階で削除されたようである⁴²⁾

(2) 制限行為能力者の行為能力

(ア) 制限行為能力者は、行為無能力者と同様、単に権利を得るだけの法律行為を単独ですることができる（通則意見6条，中契47条1項但書）ほか、その精神的健康状態に応じた法律行為をすることもできる（通則13条2項，中契47条1項但書）。それ以外の法律行為については、その法定代理人が代わりにするか、または本人がその法定代理人の同意を得てすることができる（通則13条2項）。

制限行為能力者の行った法律行為がその精神的健康状況に応じるものかどうかは、①当該民事行為と本人の生活との間に有する関連性の程度、②本人の精神状態ではその行為を理解し、かつ、当該行為によって生ずるべき効果を見ることが出来る否か、③当該行為の目的の額の大きさ等諸般の事情に基づき判断すべきであるとされる（通則意見4条）。本人の精神的健康状態に応じて単独でできる法律行為の範囲を定めるとすることは、自己決定の尊重という理念に照らせば、もっとも望ましいであろう。しかし、法院の負担が過大にならないかが問題である。

(イ) 民法通則では、制限行為能力者が法律により単独ですることのできない法律行為をしたときは、その法律行為は無効とされる（通則58条1項2号）。行為無能力者の場合と同様、この無効は確定的無効、絶対的無効と解される。

通則58条1項1号および2号に対する学説の批判を受け、契約法は、制限行為能力者のした契約の効力についてのみ特別規定を設けた。すなわち、「制限民事行為能力者が契約を締結したときは、当該契約は、その法定代理人の追認を得た後にその効力を生ずる（中契47条1項本文）。この規定は、制限行為能力者が法律の規定に反してした契約の効力を「不確定的無効」と定めたものであると解されている⁴³⁾。なお、契約法47条1項の明文上、制限行為能力者の法定代理人だけが追認権を有すると規定されているが、制限行為能力者が行為

能力者となった後は、本人にも追認権を与えるべきだと解する説がある⁴⁴⁾

相手方は、制限行為能力者の法定代理人に対して、1か月以内に追認するか否かを確答すべき旨の催告をすることができ、1か月以内に追認の意思表示がないときは⁴⁵⁾ 追認を拒絶したものとみなされる（中契47条2項）。制限行為能力者の締結した契約が長期にわたり不安定な状態に置かれることを避け、もって相手方の利益を図るためである⁴⁶⁾ 中契47条2項はさらに、契約が追認されない間は、善意の相手方は、当該契約を取り消すことができると規定している⁴⁷⁾ 制限行為能力者の締結した契約の効力を決定する際に相手方にイニシアチブを与える旨の規定だと解されている⁴⁸⁾

（3）行為無能力者の締結した契約への契約法47条の類推適用の有無

（ア）行為無能力者が法律の規定に反して締結した契約への契約法47条の類推適用の有無について、争いがある。

類推適用肯定説によれば、行為無能力者が法律の規定に反して契約を締結した場合でも、その法定代理人がそれを追認すれば、あえてその効力を否定する理由はないとして、契約法47条1項の類推適用により、その効力を認めるべきだとする⁴⁹⁾

これに対し、否定説は、民法通則13条および58条は強行規定であり、行為無能力者が法律の規定に反してした契約の効力について契約法に特別規定がない限り、民法通則の規定に従ってそれを無効と解するのが相当であるとする⁵⁰⁾ もっとも、この説は、民法通則の規定が硬直過ぎることを認め、司法解釈により、行為無能力者が単独で有効にすることができる法律行為の範囲を、「生活必需品を購入するおよびサービスの提供を受ける契約」、とりわけ定型化した契約の締結を認めるべきである、とも主張している⁵¹⁾

（イ）被監護人が、判断能力を欠き、またはそれが不十分であるがゆえに、自己にとって不利な取引をし、その取引によって生じる不利益から被監護人を保護することを成年監護制度の趣旨の1つであることに鑑みれば、その目的を達

成するためには、その行為の効力を絶対的無効にまでする必要はなく、制限行為能力者のものと同様、それを「不確定的無効」とすれば足りる。というよりむしろ「不確定的無効」とすべきである。その理由は次のとおりである。第1、行為無能力者の行為を絶対的無効とする場合には、制限行為能力者の相手方は、悪意であれば、その行為を取り消すことができない（中契47条2項3文）のに対して、行為無能力者の相手方は、悪意であっても、無効を主張することができる。つまり、行為無能力者の相手方がよりいっそう保護されるという不都合が生ずるからである。第2、目的物の価格が契約締結後に騰貴または下落した場合に、取引が自己にとって不利になったと考える相手方は、本人が行為無能力者であることを理由に、何のリスクをも負わずに——違約金を支払うこともなければ、しかも後述のように、行為無能力者は現存利益の返還ではなく原状回復義務を負うので、相手方は自ら契約を履行したとしても損をする心配もいらない——、その契約から自らを解放することができてしまうからである。

（4）無効の効果

行為無能力者等が法律の規定に反してした法律行為が無効とされた場合には、当該行為は、始めから法律上の効力を生じない（通則58条2項）。当事者の一方が当該行為に基づき相手方から財産を取得したときは、それを返還しなければならない（通則61条1項1文、中契58条）。

なお、民法通則と契約法は、いずれも原状回復義務の原則を定めるにとどまり、日本民法121条（以下、「日民」と略称する。）のような、行為無能力者または制限行為能力者の返還範囲を現存利益に限定する旨の保護規定を設けていない。

4 監護事務と監護人の権利義務

(1) 監護事務

(ア) 監護人は、被監護人の生命や身体、財産およびその他の合法的な権利利益を保護しなければならない（通則 18 条 1 項）。

具体的にいうと、監護事務は、①被監護人の健康維持を図ること、②被監護人の日常生活上の世話をすること——事実行為としての世話も含まれるものと考えられている⁵²⁾——、③被監護人の財産の管理・保護をすること、④被監護人を代理して法律行為をすること、⑤被監護人の監督・教育をすること、⑥被監護人の合法的な権利利益が侵害を受けたとき、または他人との間で争いが生じたときに、被監護人を代理して訴訟活動を行うことを含むものとされている（通則意見 10 条）。

監護事務の処理は、監護人の義務であると同時に、その権利でもある（通則 18 条 2 項）。

(イ) 監護人は、その監護の事務の全部または一部を他人に委任することができる（通則意見 22 条）。たとえば、精神障害者の監護を精神科病院または福祉施設（「福利院」）に委任する場合がこれに該当する⁵³⁾。この場合において、被監護人の不法行為により他人に損害を与えたときは、当事者間に別段の定めがない限り、監護人がその損害賠償責任を負う。ただし、受任者に過失がある⁵⁴⁾ときは、監護人と連帯してその責任を負うことになる（通則意見 22 条。なお、同 160 条参照）。

(2) 代理権

監護人は、被監護人の法定代理人である（通則 14 条）。

行為無能力者の監護人は包括的代理権を有する（通則 13 条 1 項）が、その代理権は、単に権利を得るだけの法律行為には及ばない（通則意見 6 条参照）。制限行為能力者の監護人は、単に権利を得るだけの法律行為および本人の精神的健康状態に応じて行うことのできる法律行為を除く法律行為について代理権

を有する（通則13条2項）。

監護人は、被監護人の財産を管理する権限を有するが、被監護人の利益のためでなければ、その財産を処分してはならない（通則18条1項）。

（3）同意権・追認権

制限行為能力者の監護人は、単に権利を得るだけの法律行為および本人の精神的健康状態に応じて行うことのできる法律行為を除く法律行為について同意権を有し（通則13条2項）、その法律行為が契約である場合には、さらに追認権を有する（中契47条1項）。

（4）監護人の報酬

監護人は、監護に必要な費用の償還を請求することができるが、報酬の支払いを請求することはできない。伝統的な家族観の影響により、行為無能力者等の世話は基本的には家族の責務とされ、監護人となる者のほとんどが被監護人と扶養関係にあるという社会的実情が立法の背景にあることが理由ではないかと思われる⁵⁵⁾。

5 監護人の責任

（1）被監護人に対する責任

監護人は、その監護職務の執行を怠り、または被監護人の合法的な権利利益を侵害し、それにより被監護人の財産に損害を生じたときは、その損害を賠償しなければならない（通則18条3項）。この場合、被監護人自身が損害賠償を請求することができるほか、民法通則17条に定める法定監護義務者または本人の勤務先、住所地の住民委員会、村民委員会もしくは民政部門も損害賠償を請求することができる（通則意見20条）⁵⁶⁾。前監護人が解任され、新たな監護人が指定された場合には、新監護人もまた、本人の訴訟代理人として前監護人に対し、損害賠償を請求することができる（通則意見10条、中民訴57条参

照)。

さらに、人民法院は、利害関係人（法定監護義務者または本人の勤務先、住所地の住民委員会、村民委員会もしくは民政部門をいう。通則 20 条参照）の請求により、当該監護人を解任することができる（通則 18 条 3 項）⁵⁷⁾ 人民法院は、監護人を解任すると同時に、法定監護義務者の中から新たに監護人を指定しなければならない（通則意見 20 条参照）⁵⁸⁾。

（2）被監護人の不法行為と監護人の第三者に対する責任（監護人責任）

（ア）被監護人が第三者に損害を加えたときは、監護人は、その損害賠償責任を負う（通則 133 条 1 項 1 文、通則意見 159 条）。前述 2(1)のように、中国現行法上、法院は、行為無能力等の宣告をするとともに監護人を選任する仕組みになっていないので、監護人の就職について争いが生じた場合には、法院による指定がなされるまで監護人が定まらない状態が生じるおそれがある。そこで、通則意見 159 条は、第三者保護のために、監護人が定かでないときは、民法通則 17 条に定める順序の先順位にあるものであって監護人の適格性を有する者がその責任を負うこととした⁵⁹⁾。

民法通則 133 条 1 項に定める監護人の第三者に対する責任の法的性質をめぐって、学説上、争いがある。同条 1 項 2 文は、監護人がその監督義務を怠らなかったときは、その責任を適当に軽減できると定めている。同規定によれば、監護人がその監督義務を怠らなかった場合でも、その責任を完全に免れることはできないので、被監護人の不法行為について負担する監護人の責任は一種の無過失責任であると解されている（多数説）⁶⁰⁾。他方、反対説も有力に主張されている⁶¹⁾。不法行為責任法 32 条に定める監護人責任の法的性質をめぐっても同様の対立がみられる⁶²⁾。

精神科病院で治療を受けている精神障害者の不法行為により他人に損害を与えた場合においては、精神科病院などの代理監督者がその監督につき過失があると認められるときは、代理監督者に適当な賠償責任を負わせることもできる

(通則意見 160 条)。

他方、民法通則は次のような規定をも設けている(通則 133 条 2 項)。すなわち、「財産を有する民事行為無能力者または制限民事行為能力者が他人に損害を与えたときは、本人の財産から損害賠償に要する費用を支弁する。その不足分について、監護人は、適当な賠償責任を負う。ただし、機関・団体が監護人である場合はこの限りでない」。この規定は、被監護人に責任能力があるかないかを問わず、自己に財産がある限り、一次的な責任を負うべき旨を定めるものであると解されている⁶³⁾。この規定は、公平の原則に基づくものである⁶⁴⁾が、法定監督義務者以外の者が進んで監護人となること、つまり第三者監護を推奨し、もって監護制度の利用促進に寄与する旨も含まれている⁶⁵⁾。

上記規定に関して、解釈上、次の疑問を生ずる。①通則 133 条 1 項に定める監護人責任は、被監護人に財産がない場合に限り負担する補充的責任であるか。多数説は、これを補充的責任と解する⁶⁶⁾。②監護人は、その不足分についてのみ、「適当な」賠償責任を負うとされるが、なぜ不足分の全額賠償ではないのか。不足分の全額賠償を認めないと、被害者の救済を十分図れないのはいか。③「機関・団体が監護人である場合はこの限りでない」の意味をめぐって、補充的責任をまったく負わないと解する説⁶⁷⁾と、不足分の全額を賠償する責任を負うべきだと解する説⁶⁸⁾の対立がある。機関・団体がまったく賠償責任を負わないというのが本来の立法趣旨だ、といわれている⁶⁹⁾。

(イ) 不法行為責任法は、次の 2 つの点に修正を加えたほか、基本的には、民法通則 133 条に定める監護人責任に関する規定を踏襲した⁷⁰⁾。

第 1 に、監護人は不足分について全額賠償義務を負うものとされた(不法行為法 32 条 2 項 2 文)⁷¹⁾。

第 2 に、監護人である機関・団体がその職務を怠らないよう促すため、「機関・団体が監護人である場合はこの限りでない」という文言が削除され、監護人が機関・団体であるか個人であるかを問わず同一の責任を負うこととされた⁷²⁾。

三 成年監護制度の未来像の素描

以上、民法通則を中心として規定されている現行成年監護制度の概要をまとめてみた。それを踏まえた上、以下において現行法の問題点に触れつつ、中国における成年監護制度の未来像を素描しておきたい。ちなみに、成年監護制度に関する提案の中には、ドイツ法にならって、「監護」の代わりに「世話」制度の創設を提唱するもの⁷³⁾があり、注目に値する。教育および監督に事務の中心が置かれている未成年監護とは異なり、成年監護は被監護人の日常生活上の世話および財産管理をその事務の中心的内容としていることから、監護制度に代えて世話制度を創設することには賛成である。ただし、本稿では、便宜上「監護」という用語を使用することとする。

1 行為無能力等宣告制度の廃止

(1) 行為無能力等宣告制度の問題点

行為能力のはく奪または制限を指向する行為無能力等の宣告制度がノーマライゼーションおよび本人の自己決定の尊重の基本理念に反することは明らかである。そのため、この制度を廃止する動きは世界各国で相次いでいる。大陸法系の国々に限っていえば、1968年のフランス民法改正に続き、1983年に行われたオーストリアの代弁人法による民法改正、1990年のフランス法系に属するカナダのケベック州の民法改正により、いずれも従来の禁治産・準禁治産制度が廃止された⁷⁴⁾。ドイツでは1992年1月1日から行為能力のはく奪・制限の制度が廃止され、代わりに世話制度が行われることになった。日本は2000年4月1日から禁治産・準禁治産宣告制度を廃止する代わりに後見・保佐・補助制度を導入し、台湾は2009年11月23日から禁治産宣告制度を廃止する代わりに監護・補助制度を設けた⁷⁵⁾。さらに、韓国も、従来の禁治産・限定治産宣告制度を改め、成年後見・限定後見・特定後見制度を設け、2013年7月1日から施行することになっている⁷⁶⁾。

(2) 解決のための提案

現行法上の行為無能力等の宣告制度を廃止し、それに代わって、法院による監護開始の手續を設けることを提案する。この場合、監護はその開始手續を経た時から始まる。現行法では、申立人には本人が含まれていない（通則19条1項、中民訴187条1項参照）が、本人の自己決定の尊重の観点から、本人による申立ても認めるべきである⁷⁷⁾。

将来の成年監護制度は、ドイツ法のような一元的保護のモデルにすべきか。それともフランス法や日本法などのように、多元的保護の方がより一層被保護者の利益保護を図れるのか。ノーマライゼーションおよび本人の自己決定の尊重の基本理念に立脚すれば、ドイツ世話制度のように、裁判官が、事案ごとに、要保護者の能力を個別的に判断しながら保護者の権限を定めるとする一元的保護⁷⁸⁾が望ましいであろう。しかし、これは、制度運用の利便性と迅速性、コストおよび裁判所に与える負担とも関連して総合的に検討しなければならない問題であり、結論を保留したい。

2 任意監護制度の創設

(1) 問題の所在

本人が、自己にまだ判断能力があるうちに、将来精神上的障害により自己の判断能力が不十分になったときに監護をしてくれる人を自ら選んでその者と監護を内容とする委任契約を結び、そして自己の判断能力が不十分になったときに、法定の手續を経て任意監護を開始させることは、私的自治の原則（契約自由の原則）からすればまったく問題がないはずである。本人の自己決定の尊重の理念からすれば、むしろその道を用意しておかなければならない。

通常の委任契約は、本人（委任者）の行為能力の喪失をその終了事由としている（中契411条本文）が、当事者間の特約により行為能力の喪失により終了しないとしてもできる（同条但書）⁷⁹⁾。しかし、通常の委任契約では、委任者自身が判断能力を有することが前提であり、受任者が委任事務を適切に処理し

ているかどうかを委任者自らが監督し、場合によって指示を出さなければならない（中契 399 条，401 条参照）。これに対して、本人が行為能力の一部または全部を喪失した後の監護事務の処理を依頼する旨の委任契約の場合には、もはや本人による監督・指示を期待することはできず、受任者がその権限を濫用して本人の利益を害するという事態の発生が懸念される。したがって、通常の委任契約とは違った特別のルールを定める任意監護制度の創設が必要である。

（2）解決のための提案

（ア）任意監護制度の創設に際して、2つのモデルが考えられる。1つは、民法の特別法による任意監護制度の創設というモデルである。日本法がこのモデルを採用した。日本は、2000年の成年後見制度改正の際に、民法の特別法としての「任意後見契約に関する法律」の中で、公的機関の監督を伴う任意後見制度、すなわち、家庭裁判所による任意後見監督人の選任を停止条件とする任意代理の委任契約の1類型として、「任意後見契約」を創設したのである（任意後見法2条1号参照）。そして、本人の自己決定の尊重の理念から、登記された任意後見は原則として法定後見に優先するとされている（任意後見法10条1項，4条2項）。

これに対して、韓国は、成年後見法改正により、後見契約制度を直接に民法に導入する（韓国民法959条の14～959条の20。以下、「韓民」と略称する。）⁸⁰⁾というモデルを採用した。また、日本民法と同様に、登記された任意後見は原則として法定後見に優先するとされている（韓民959条の20）。

（イ）日本法の動きは中国にもいち早く紹介されたが⁸¹⁾当初、任意監護制度に対する立法担当者の関心は高くなかったようである⁸²⁾近年、任意監護制度の導入に関心が集まるようになった。たとえば、梁3草は、本人の自己決定の尊重、残存能力の活用という視点から、「監護」を「世話」に改めた上、委任世話制度の創設を提案した（同1834条）⁸³⁾

任意監護制度の創設を目指す上記の動きは、ついに立法にも反映された。

2012年12月28日に、中国老年者權益保障法が改正され（2013年7月1日施行予定）、その第2章「家庭による扶養」中に任意監護制度を創設した（第26条）。すなわち、「（第1項）完全な民事行為能力を具備する高齢者は、近親者又はその他自己と密接な関係を有し、かつ、監護の職務を引き受ける意思のある個人、組織と協議して自己の監護人を定めることができる。監護人は、当該高齢者が民事行為能力の全部又は一部を喪失したときは、法により、その監護の責めに任ずる。（第2項）高齢者があらかじめ監護人を定めていない場合において、民事行為能力の全部又は一部を喪失したときは、関係する法律に従い、監護人を定める。」。

今後の課題は、中国老年者權益保障法26条に定める任意監護制度をいかに具体化するかである。その際、次の点を考慮に入れるべきであろう。

第1、任意監護契約の締結は厳格な方式——たとえば公正証書⁸⁴⁾——によるべきである。契約締結時において本人に契約の締結に必要な判断能力があることを確認したり、契約書の改ざんや滅失を防止したりするために必要である⁸⁵⁾。

第2、一般の委任契約と異なり、本人（委任者）の監護を目的とする任意監護契約がその効力を生じたときには、本人はすでにその判断能力の一部または全部を喪失し、受任者の職務遂行を監督することができなくなった状況に置かれているから、任意監護開始後、委任者本人に代わって、監護人となった受任者がその職務を忠実に遂行しているか否かを監督する機関を置くことが必要不可欠である。したがって、任意監護契約は、梁3草（1834条5項）のように、人民法院が世話人を指定した時からではなく、任意監護監督人を選任する時からその効力を生ずるものとすべきである⁸⁶⁾。

第3、本人の自己決定の尊重の理念から、法定（指定）監護との関係において任意監護が優先するが、制度間の接続および移行に関する要件と手続に注意を配る必要がある。たとえば、梁3草は、受任者が世話人に適さない事情があると認められるときは、人民法院は受任者とは別の第三者を世話人を選任する

ことができ（1834条4項，梁2草・親族1835条4項），委任世話契約は，世話人を選任した時からその効力を生ずる（1834条5項，梁2草・親族1835条5項）と定めている。同条条文の構造および立法趣旨から，受任者と異なる者を世話人を選任する場合も委任世話の一場面として捉えているようである⁸⁷⁾。世話人を変えるほかは，世話人の職務等についてはすべて委任世話契約の内容によるという点を考慮した結果だと思われる⁸⁸⁾。しかし，この場合は，やはり任意監護から法定監護への移行と考えるべきではなかろうか。

（ウ）さて，任意監護制度の創設に際して，どのモデルを採用すべきであろうか。韓国民法のように，将来成立すべき民法典の中に取り込むのも1つの方法である。梁3草はこのモデルを採用し，第6編「親族」に1か条（1834条）を設けている。これは，成年監護制度全体にかかわる問題であり，また将来の民法典のあり方にもよる。個人的には，民法典の中に独立した「成年監護」編を置くのが望ましいと思うが，なお検討する余地がある。

3 保護対象の拡大と監護人候補者の順位の撤廃

（1）現行法の問題点

現行法では，成年監護制度による保護を受ける対象となるのは，精神病患者および通則意見で認められている認知症患者だけであり（通則19条，通則意見5条），その範囲が狭すぎる。裁判実務では，その範囲はすでに，遷延性意識障害により判断能力の全部を喪失した者に広げられている⁸⁹⁾。また，「精神病患者」という用語が差別的な意味を含むものであるから，適切ではなく，改めるべきである⁹⁰⁾。

つぎに，民法通則17条の定める監護人候補者の順位は，精神病患者を念頭に置いて定められたものであり，認知症高齢者の監護人としては，配偶者またはその父母は明らかに適任ではない⁹¹⁾。

(2) 解決のための提案

解決の提案としては、成年監護制度の保護対象を、精神病だけでなく、知的障害（先天的に脳の器質的障害があり、運動の障害や知能発達面での障害などが現れる状態）、認知症（後天的な脳の器質的障害により、いったん正常に発達した知能が低下した状態）、高次脳機能障害（頭部の外傷により知能が低下した場合）などを含む精神上の障害により判断能力の全部または一部を持続的に喪失する者に広げるとともに、現行法の定める監護人となる者の順位を撤廃し、第三者後見のために大きく道を開くことが相当であろう。

梁3草および申草案は、保護対象を拡大した。梁3草は、世話の対象を「精神上の障害、知的障害又は身体上の障害によって自己の事務を処理することができない成年者」にまで拡大した（同1830条1項）。その上、現行法の定める監護人の順位を撤廃し、世話人の欠格条項（同草案1835条）だけを設け、第三者後見に広く道を広げたものといえよう⁹²⁾。ただ、配偶者を法律上当然世話人とする（同1832条）点だけは、認知症高齢者の世話という視点からみて問題である。

他方、申草案は、被監護人である行為無能力者または制限行為能力者の実質的要件として、「精神上の疾病、身体上の疾病、負傷、老年、薬物吸引、過度な飲酒等の理由により、日常生活上の事務又は財産管理事務に関する法律行為を行わなければならない場合に、問題を発見し、関連する情報の収集・理解及び運用をし、各種の暫定案の利害得失を考量して最終的な決定をする能力の全部又は一部を喪失した」ことが挙げられている（同12条1項）。そして、梁3草と同様に、現行法の定める監護人の順位を撤廃し、監護人の選任可能な範囲（同20条）、監護人になる自然人の条件（同21条）および、自然人の欠格（同23条）だけを設け、第三者後見に道を広げた。

監護人候補者の順位を撤廃した場合に、それに代わって、被監護人の最善の利益にかなうことおよび被監護人の意思をできる限り尊重することを原則とし、本人との間の親族関係の有無等諸般の事情を考慮に入れた監護人の選任基

準を定める必要があろう（通則意見 14 条 2 文・3 文参照）⁹³⁾

4 監護人選任手続の簡素化

(1) 現行法の問題点

現行法では、行為無能力等の宣告を受けた者に、法院が宣告をすると同時に、職権で、監護人を付するという仕組みになっていない。監護人は、①まず法定の順序の順位に従って当然に決まることになっている（通則 17 条 1 項）。②つぎに、同順位の監護人候補者が数人いるときは、その者たちの間で協議することにより決まる（通則 17 条 2 項、通則意見 15 条参照）。③協議が調わないときは、住民委員会等が監護人を指定する（通則 17 条 2 項 1 文）。④住民委員会等の指定に不服があるときにはじめて、法院に監護人の指定を請求することができる（通則 17 条 2 項 2 文）。しかも、住民委員会等の指定を受けずに法院に監護人指定の訴えを提起しても受理されない（通則意見 16 条 2 文）。このような複雑な仕組みの下では、次のような不都合を生ずる。まず、監護の公示制度が整備されていないこととあいまって、第三者には、監護人が誰であるか、どのような権限があるかが分からないため、取引の安全を害されるおそれがある。つぎに、監護人がなかなか決まらず、その結果、被監護人の利益を害されるおそれがある。

前述したように、現行法の問題点を回避するために、実務では、法院が、行為無能力の宣告をすると同時に、住民委員会等の指定を経ずに直ちに監護人を選任する事例が現れている⁹⁴⁾。

(2) 解決のための提案

監護人選任手続の簡素化を図るため、法院が監護開始の手続をすると同時に、被監護人に監護人を付することができるようにする。

梁 3 草における世話人決定手続は、現行法に比して簡略化された。すなわち、配偶者は法律上当然世話人となり（同草案 1832 条）、被世話人に配偶者が

いないかまたは配偶者が世話人として適任でないと人民法院が認めるときは、人民法院は、本人、その配偶者または近親者などの利害関係人の請求により世話人を指定する（同草案1833条）ことになっている。すなわち、住民委員会等指定前置主義を廃止したのである。

5 親族監護中心の構造からの脱却

(1) 親族監護中心の構造の問題点

「養児防老」（＝子どもを育てて老後に備える）と言われているように、伝統的には、家族は、病人や老人を扶養・援助する働き（福祉的機能）を有する。この機能は、特定親族間の扶養義務に具現化されており⁹⁵⁾、現行成年監護制度において近親者による監護を中心とする構造を採用したのもまた、この機能に着目したからである⁹⁶⁾。しかし、高齢化社会ないし高齢社会の到来は、家族が本来有すべきものとされる福祉的機能の低下を招いた。認知症高齢者については、その配偶者および父母が監護人となることは望めないし、また、長い間国策としての「一人っ子政策」が実施された結果、将来、その兄弟姉妹が監護人になることも望めない。その結果、監護の負担は、ほとんどその子に重くのしかかることになるだろう。

社会の少子高齢化が進むことにつれ、親族監護中心の構造を維持することは困難であろう。このことは、日本の現状から推測することもできる。日本の成年後見制度は2000年4月から施行された。成年後見関係事件の申立件数は、初年度(2000年4月から2001年3月まで)の9,007件から2011年の3万1,402件にまで増え、約248.64%の増加となっているのに対して、成年後見人の総数に占める親族後見人の割合は、約91%から約55.6%にまで下がった⁹⁷⁾。

(2) 解決のための提案

したがって、少子高齢化社会を見据え、いち早く親族監護中心の構造から脱却し、第三者監護および公的監護の改善・充実を図る必要がある。

日本の現状では、第三者後見の担い手の多くは、弁護士、司法書士および社会福祉士などの専門職である⁹⁸⁾。しかし、成年後見制度の利用を必要とする者が増え続ける一方、他方では、従来の担い手である親族後見人が減り続けているという状況の中では、担い手としての専門職後見人自身もすでに限界に達している⁹⁹⁾。その結果、1人が複数人の成年後見人等を兼任するケースが多いというのが現状であり（【表2】参照）、1人で21人の後見人になっているケースもあると報じられている¹⁰⁰⁾。そこで、第三者後見の担い手を確保するために打ち出されたのが市民後見人の育成と活用である。厚生労働省の資料によれば、2011年度には日本全国計37の市区町（26都道府県）、2012年度には全国計87市区町（33都道府県）が市民後見推進事業（モデル事業）を実施した¹⁰¹⁾。

【表2】1人当たりの受任件数（2012年7月末現在の受任状況）¹⁰²⁾

団体名	1件	2件	5～9件	10～19件	20件以上
権利擁護センター ばあとなあ	1,498 (42%)	812 (23%)	378 (11%)	158 (4%)	42 (1%)

中国の現行法はすでに第三者監護制度を用意しているが、監護人になれる第三者の範囲は扶養義務を負わない親族や知人に限定されている（通則17条1項5号）。この制限を撤廃すべきである。いままでの草案のうち、梁3草は、配偶者法定世話人制度を維持する（同草案1832条）以外は、世話人の欠格事由を定める（同草案1835条）のみで、とくに制限を設けていない。申草案はさらに進んで、配偶者法定監護人制度をも廃止することとした。

第三者監護に広く道をあけようとするこの2つの草案の志向は、今後成年監護制度を利用する者が増加する一途をたどるであろうという傾向に対応するものである。さらに、これから需要の増加が確実に見込まれる認知症高齢者の監護を考慮に入れるならば、申草案のように、配偶者法定監護人制度を廃止すべきであろう。認知症高齢者の場合には、通常、その配偶者も高齢に達している場合が多く、必ずしも配偶者が一番の適任者であるとは限らないからである¹⁰³⁾。

6 公職監護人制度の拡充

(1) 現行法の問題点

民法通則は、17条1項1-4号に定める法定監護義務者または同5号に定めるその他の親族もしくは知人に適任者がいないときに、本人の勤務先または住所地の住民委員会、村民委員会もしくは民政部門に監護職務の引き受けを義務付け（同条3項）、公的監護の端緒を開いた。この点は評価すべきである。しかし、本人の勤務先が監護人となることは明らかに国家計画経済時代の名残であり、すでに時代遅れのものになっているので、廃止すべきであろう。

1949年以降の中国では、長い間、社会主義計画経済時代が続いた。その時代の特徴としては、勤務先である「所在単位」は、本来行政ないし社会全体が担うべき福祉的機能の一部を有していた。つまり、それは、単なる働く場ではなく、それ自体が1つの独立した社会をなしており、そこで働く従業員の「生・老・病・死」、すなわち生活の全般にわたり面倒をみなければならなかったのである¹⁰⁴⁾。民法通則は、行為無能力等の宣告を受けた本人の勤務先に、①本人と密接な関係を有するその他の親族または友人が監護の責任を引き受ける意向を有する場合における同意権（通則17条1項5号）、②監護人の候補について争いがある場合における監護人指定権を与える（通則17条2項1文）と同時に、③適切な監護人候補がない場合にはその監護人となることを義務付けている（通則17条3項）ことがその一端を表しているといえよう。しかし、中国共産党第11期中央委員会第3回全体会議（1978年12月18日～22日開催）から始まった一連の経済体制の改革は、最終的には社会主義計画経済から社会主義市場経済への移行に結び付いた¹⁰⁵⁾。経済体制改革が進むにつれ、終身雇用制等が廃止され、「所在単位」のもっていた福祉的機能も大きく減退した¹⁰⁶⁾。行為無能力等の宣告を受けた者の勤務先に本人の監護人となることを義務付けることはもはや困難であろう。そのためか、近年の成年監護制度に関する草案の多くも勤務先を監護人の選任対象から外した（王草案31条参照、梁2草・親族1937条およびその理由、申草案20条参照）。

(2) 解決のための提案

いままでの草案の中には、公職監護人制度を設けるものが多い。たとえば、梁3草は、第1836条の見出しを「公職機関世話人」とし、世話人となる適任者がいないときは、本人住所地の民政部门または社会保障部門が世話人となると規定している¹⁰⁷⁾。そのほかに、本人住所地の住民委員会、村民委員会または社会福利機構が公職監護人となると定めるもの（王草案31条2項）や、民政部门またはその他の行政機関が公職監護人となると定めるもの（申草案20条3号）がある。

親族監護中心の構造からの脱却を成功させるためには、その代わりになる成年監護の担い手を確保する必要がある。そこで、まず考えられるのは第三者監護である。しかし、中国の社会事情および人間関係に鑑みれば、本人の知人以外に自ら進んで監護事務を引き受ける者が果たしてどれだけいるかは、不明である。それよりむしろ、公職監護人制度の拡充に力を入れるべきではなかろうか。成年監護の担い手となる人的資源の潜在的不足と成年監護制度の利用を必要とする人の増加との間に生じる矛盾を解消し、成年監護制度の利用を必要とする人の需要をできるだけ満足させ、もってノーマライゼーションおよび本人の自己決定の尊重を本当の意味において実現するためには、国は、監護について最終的な責任を負うべきだからである。

公的監護の担い手として本人の住所地の住民委員会または村民委員会が適当ではないかと考える。住民委員会および村民委員会は、法的には住民の自治団体に過ぎないが、実質的には行政機能の重要な一端を担っており（注(27)参照）、住民にとってももっとも身近な存在である。今後その重要性はさらに増すであろう。住民の自治団体に過ぎない住民委員会または村民委員会を公的監護の担い手とするための法的根拠としては、明文で定めることまたは末端の行政機関による授権が考えられる。もっとも、住民委員会または村民委員会の受け入れ体制づくりには、国からの人的・財政的支援および協力が必要不可欠である。

四 今後の課題および日本法への示唆

(ア) 中国の現行成年監護制度は、全体としては不備な点が多く、体系的に欠けている。また、ノーマライゼーションおよび本人の意思決定の尊重の基本理念に即していないところもあり、少子高齢化社会に十分に対応できるものではない。したがって、諸外国の先進的な例にならって、成年監護制度を早急に整備する必要がある。本稿は、以上において、現行成年監護制度の問題点を指摘しつつ、その未来像を素描してきた。もっとも、取引の安全を図るための公示制度や、成年監護制度の信頼性を維持するために必要不可欠な監護監督制度のあり方など、検討すべき課題はまだ残されている。

(イ) 最後に、中国現行成年監護制度および新たな成年監護制度の構築を目指す梁3草から得られた示唆を2点ばかり挙げ、本稿を締めくくることとする。

まず、中国現行成年監護制度に見られる公的監護(公的後見)の視点である。もっとも、公的監護または公的後見を導入する背景的事情は中国と日本とは異なる。しかし、少子高齢化の進行につれ、親族後見の役割が後退し、将来的には、第三者後見がそれにとって代わるという事態が十分発生しうることが、日本も中国も同様である。したがって専門職後見人および市民後見人だけでは成年後見制度の利用者の潜在的需要を満足させることができない事態に備えるため、日本においても公的後見制度の整備を検討すべきではなかろうか。

つぎに、梁3草中の成年監護人の任期に関する規定から得られたものである。¹⁰⁸⁾ 同草案は、自然人が成年監護人であるときは、その任期を5年とし(同1844条1項)、成年監護人が同意すれば、延長もできる(同条2項)。延長した場合の任期は5年とする(同条3項)。¹⁰⁹⁾ 成年監護人の負担を軽減し、もって成年監護人の担い手を確保するためである。¹¹⁰⁾ 日本法にはこのような規定がなく、一旦成年後見人等に就任した場合は、正当な事由¹¹¹⁾ がなければ、その任務を辞することができないことになっている(日民844条、876条の2第2項および876条の7第2項による844条の準用)。「成年後見人等は、家庭裁判所

によって後見等の事務の適任者と認められ、本人の保護のために選任された者ですから、自由に辞任することを認めると、本人の利益を害するおそれ」がある、というのがその理由である¹¹²⁾。しかし、私見としては、以下の理由で、立法論として、任期付後見人制度を導入すべきではなからうかと考える¹¹³⁾。①市民後見人を含む第三者後見人の負担軽減策を講じること。第三者後見人等の報酬があまり期待できず、ボランティア的要素が強い現状では、正当な理由がなければ辞任できないとするのでは第三者後見人に過大な負担を課すことになり、かえって市民後見の推進に支障をきたすおそれがあるからである。②任期付成年後見人制度を導入することは後見監督の強化につながる。近年、成年後見制度の根幹をも揺るがせかねない、親族や職業後見人による本人の財産侵奪事件は後を絶たず¹¹⁴⁾、後見監督の強化が喫緊の課題となっている¹¹⁵⁾。任期付後見人制度を導入すれば、任期満了時には本格的な財産調査（日民 853 条参照）が入ることがあることを成年後見人等に自覚させることができる。

注

- 1) 最高人民法院「關於貫徹執行《中華人民共和國民法通則》若干問題的意見（試行）」（1988 年 4 月 2 日）。
- 2) 本稿において、合同法と侵權責任法をそれぞれ契約法と不法行為責任法と訳した。なお、不法行為責任法の条文の全訳については、拙訳「中華人民共和國不法行為責任法（仮訳）」高岡法学 28 号（2010 年）197-218 頁参照。
- 3) そのうち、制限行為能力者の行為の効力に関する規定は契約法 47 条により、監護人の責任に関する規定は不法行為法 32 条により、それぞれ修正を受けている。
- 4) 最高人民法院民法通則培訓班編輯組編『民法通則講座』（北京市文化局出版処，1986 年。以下、「民法通則講座」として引用する。）24 頁〔顧昂然執筆〕参照。
- 5) 中国では、60 歳以上の者を「老年人」と定義するのが一般的であり（老年人權益保護法 2 条参照）、高齢化率についても、全人口に占める 60 歳以上の者の割合を指す場合が多いが、本稿では、とくに断わりのない限り、65 歳以上の者を高齢者と称し、そして、高齢化率についても、全人口に占める 65 歳以上の者の割合を指すこととする。
- 6) ベビーブームの時期区分は、「中国人口現状」中国国家人口和計劃生育委員會 HP 2011 年 9 月 21 日〈http://www.chinapop.gov.cn/zxfw/zhbmfw/wsrkxx/rkgk_wsrkxx/gnrkgk/201109/t20110921_372505.html〉（2012 年 12 月 22 日アクセス）による。

- 7) 中国では、20世紀50年代から60年代にかけて、出生促進政策が推し進められてきた結果、第1次ベビーブーム（8年間）の人口純増数は1.05億人、第2次ベビーブーム（8年間）の人口純増数は1.57億人にものぼった。第1次および第2次ベビーブームの出生率（人口1,000人あたりにおける出生数）はそれぞれ30%台に達した（中国研究所編『中国年鑑2012』（中国研究所、2012年。以下、「中国年鑑（2012）」として引用する。）275頁、前掲注(6)「中国人口現状」参照。なお、中国人口・家族計画政策の変遷については、中国年鑑（2012）271頁以下参照。
- 8) 中国の平均寿命は、1981年では67.77歳（男66.28歳、女69.27歳）であったが、2010年には74.83歳（男72.38歳、女77.37歳）に達し、30年間で7.06歳（男6.1歳、女8.1歳）伸長した（中華人民共和国国家統計局編『中国統計年鑑2012』（中国統計出版社、2012年。以下、「中国統計年鑑（2012）」として引用する。）105頁参照）。
- 9) 第3次ベビーブーム（1981～1990年の9年間）の出生率は、1987年の23.33%を頂点にして下がり続け、1990年には21.06%になり、期間中の人口純増数も第2次ベビーブームより少ない1.43億人になった。なお、2011年の出生率は11.93%である（中国統計年鑑（2012）102頁、前掲注(6)「中国人口現状」参照）。
- 10) 國務院人口普查弁公室＝国家統計局人口和就業統計司編『中国2010年人口普查資料（上）』（中国統計出版社、2012年）383頁参照。
- 11) 中国は、2000年に高齢化率が7%に達し、高齢化社会に突入し、しかも国連の世界人口予測よりも速いスピードで上昇し続けている。たとえば、2005年末の高齢化率は、予測では7.6%となっていたが、実際は7.7%に達した。2010年末の高齢化率は、予測では8.2%となっていたが、実際は8.9%に達し、2011年末には9.1%に達している（中国統計年鑑（2012）102頁、国際連合経済社会情報・政策分析局人口部編著〔原書房編集部訳〕『国際連合・世界人口予測1960-2060第I分冊〔世界人口年鑑・別巻〕』（原書房、2011年。以下、「国連世界人口予測1960-2060(1)」として引用する。）138-139頁参照）。
- 12) 中国のデータについては、中国統計年鑑（2012）102頁、国連世界人口予測1960-2060(1) 138-139頁参照。日本のデータについては、内閣府『高齢社会白書（平成24年版）』（印刷通販、2012年）12頁、同白書（平成20年版）2頁参照。
- 13) 北京青年報「老年痴呆症患者 中国占全球1/4」中国老齡門戸2009年9月14日〈<http://www.cncaprc.gov.cn/news/2004.jhtml>〉（2012年12月30日アクセス）参照。日本では、65歳以上の高齢者を5歳ごとに区切った年齢段階別でみると、段階が上がるごとに発症率が2倍になるとするのが一般的である。すなわち、65～69歳は1.5%、70～74歳は3.6%、75～79歳は7.1%、80～84歳は14.6%、85歳以上は27.3%である（若年痴呆研究班編『若年期の脳機能障害介護マニュアル』（ワールドプランニング、2000年）167頁、羽生春夫「インタビュー・新薬承認により新時代を迎える アルツハイマー型認知症治療の現状と展望」ノバルティス ファーマ株式会社 HP 2011年5月〈http://www.novartis.co.jp/press/newsletter/pdf/AD_201105.pdf〉（2011年11月1日アクセス）参照）。

- 14) 前掲注(13)「老年痴呆症患者 中国占全球1/4」参照。
- 15) 楊立新主編『民法総則重大疑難問題研究』(中国法制出版社, 2010年) 53頁以下, 楊大文主編『親族法』(法律出版社, 第4版, 2004年) 273頁〔陳明俠執筆〕以下, 陳小雲=屈広清=蘇繼権「日本成年監護制度的最新發展及对我國立法的启示」日本法在線 2007年12月2日〈<http://www.japanlawinfo.sdu.edu.cn/html/minshangfa/20071202/347.html>〉(2013年2月7日アクセス。初出:貴州警官職業学院学報 2005年第3期)参照。
- 16) 全国人民代表大会常務委員会法制工作委員會『中華人民共和国民法(草案)』(2002年12月。以下,「法工委草案」という。), 王利明主編『中国民法典学者建議稿及立法理由』(法律出版社, 2005年。以下,「王草案」という。), 梁慧星主編『中国民法典草案建議稿』(法律出版社, 2003年。以下,「梁1草」という。), 梁慧星主編『中国民法典草案建議稿附理由・総則編』(法律出版社, 2004年。以下,「梁2草・総則」という。), 梁慧星主編『中国民法典草案建議稿附理由・親属編』(法律出版社, 2006年。以下,「梁2草・親族」という。), 梁慧星主編『中国民法典草案建議稿』(法律出版社, 2011年。以下,「梁3草」という。), 「中華人民共和国民法総則草案建議稿」楊立新主編・前掲注(15)614頁所収(以下,「楊草案」という。), 申政武ほか『中国成年監護法草案』(2012年10月1日。2012年12月15-16日に学習院大学で開催された国際シンポジウム「高齢社会における法的諸問題とその解決手段」に提出された未公表の原稿。以下,「申草案」という。)
- 17) 穆生秦主編『民法通則釈義』(法律出版社, 1987年) 15頁参照。明文上, 認知症を精神病患者者と区別して規定しなかったのは, 他の法律(たとえば選挙法 26条2項)との間の法律用語の不一致を避けるためだとされている(民法通則講座 22-23頁〔顧昂然執筆〕参照)。
- 18) 唐德華主編『民法教程』(法律出版社, 1987年) 41頁〔郭明瑞執筆〕, 梁慧星『民法』(四川人民出版社, 1988年) 78頁, 164頁, 李由義主編『民法学』(北京大学出版社, 1988年) 51頁〔鄭立執筆〕, 馬原主編『中国民法教程』(人民法院出版社, 1989年) 52-53頁, 魏振瀛主編『民法』(北京大学出版社, 2000年) 56頁〔李仁玉執筆〕, 李開國『民法総則研究』(法律出版社, 2003年9月) 130頁, 王利明主編『民法(第2版)』(中国人民大学出版社, 2006年) 61頁〔王軼執筆〕ほか。
- 19) 福建省廈門市思明区法院(2000)民特字第337号(国家法官学院ほか編『中国審判案例要覽 2001年民事卷』(中国人民大学出版社, 2002年) 535頁以下参照。以下,『案例要覽〇年民事』として引用する。)。通則13条は行為能力の全部または一部を喪失した者の利益保護を図る規定であるから, その原因を精神病および認知症に限定し, それ以外の原因により行為能力の全部または一部を喪失した者を通則13条の適用範囲から排除する理由はないとされている(同判決解説参照)。
- 20) 穆生秦主編・前掲注(17)23頁参照。通則意見8条1項の文言からもそのように読み取れる。
- 21) 陳国柱主編『民法学』(吉林大学出版社, 修訂本, 1987年) 39頁〔龍斯榮執筆〕, 李由義主編・前掲注(18)51頁〔鄭立執筆〕, 鄭立=王作堂『民法学』(北京大学出版社, 第2版,

- 1995年) 49頁, 梁書文主編『民法通則貫徹意見詮釈』(中国法制出版社, 2001年6月) 6頁。本人の勤務先の請求により, 本人を制限行為能力者とする旨の宣告をした裁判例がある。これについて, 最高人民法院中国应用法学研究所編『人民法院案例選・民事卷(1992~1999合訂本・下)』(中国法制出版社, 2000年。以下, 「民事案例選(下)」として引用する。) 1910頁以下参照。
- 22) 同旨, 民法通則講座 101頁〔江平執筆〕参照。
- 23) たとえば, 楊大文主編『婚姻家庭法』(中国人民大学出版社, 第2版, 2001年) 266頁〔龍翼飛執筆〕参照。
- 24) 王洪『婚姻家庭法』(法律出版社, 2003年) 323頁参照。
- 25) 本人の勤務先が監護人を指定した例として, 天津市塘沽区人民法院(1998)塘民特字第2505号(案例要覽2000年民事13頁以下)参照。
- 26) 民法通則講座24-25頁〔顧昂然執筆〕参照。梁慧星・前掲注(18)82-83頁および梁書文主編・前掲注(21)12-13頁は, 勤務先の指定権が住民委員会・村民委员会のそれに優先すると解している。
- 27) 馬原主編・前掲注(18)57頁(「行政上の指定」), 王洪・前掲注(24)325頁(「公権力指定」), 梁書文主編・前掲注(21)14頁(「公力指定」)参照。住民委員会および村民委员会は, 法的には住民または村民の自治団体に過ぎない(城市居民委员会組織法2条1項, 村民委员会組織法2条1項)が, 実質的には行政機能の重要な一端を担っている。たとえば, 住民委員会または村民委员会は, 末端の行政機関の指揮監督を受け, その業務に協力する義務を負う(城市居民委员会組織法2条2項, 村民委员会組織法4条)。また, ほとんどが国有企业である時代では, 勤務先も「準公権力」とみなされていたであろう。
- 28) たとえば, 前掲注(19)福建省廈門市思明区人民法院(2000)民特字第337号(行為無能力の宣告を受けた者の配偶者が監護人に選任された事例)。
- 29) 同旨, 魏振瀛主編・前掲注(18)65頁。
- 30) 当該通知は, 指定を受けた者に到達した時からその効力を生ずると解すべきであろう。
- 31) 裁判所が本人の勤務先の指定を取り消した事例として, 天津市塘沽区人民法院(1998)塘民特字第2505号(案例要覽2000年民事13頁以下)がある。
- 32) 第1順位監護人の解任および監護人変更の訴えにおいて, 第2順位の父母が高齢のため, 第3順位の子が未成年のため, 監護人に選ばれず, 第4順位の兄弟(3人)中の1人が監護人に選任された例がある。広西梧州市蝶山区法院(2009)蝶民特字第2号(案例要覽2010年民事460頁)参照。
- 33) 梁書文主編・前掲注(21)15頁同旨か。
- 34) 社会保障および社会福祉, 社会団体の管理, 婚姻・養子縁組の登記など市民の生活と直接なかかわりをもつ業務を担当する政府機関である。
- 35) 魏振瀛主編・前掲注(18)65頁は, 未成年監護に関してそのように解しているが, 成年監護に関しても同様に解すべきであろう。

- 36) 李開国・前掲注(18)132頁以下, 李由義主編・前掲注(18)61頁〔鄭立執筆〕参照。
- 37) 王洪・前掲注(24)327頁参照。
- 38) 馬俊駒=余延滿『民法原論(下)』(法律出版社, 1998年)891頁。楊大文主編・前掲注(23)268頁〔龍翼飛執筆〕は, 未成年者の父母が監護人の適格性を有しない例として, 行為能力の一部または全部を喪失した場合を挙げている。
- 39) 天津市塘沽区人民法院(1998)塘民特字第2505号(案例要覽2000年民事13頁以下)は, 本人の兄弟5人を監護人として選任した上, 事務の分掌を定めた。反対に, 前掲广西梧州市蝶山区法院(2009)蝶民特字第2号は, 互いに責任を押し付けあうおそれがあるとして, 本人の兄弟数人が共同監護人となる旨の申立てを認めなかった。
- 40) 民法通則講座149頁〔柴發邦執筆〕, 魏振瀛主編・前掲注(18)160頁〔李仁玉執筆〕, 王利明主編・前掲注(18)151頁〔王軼執筆〕ほか参照。
- 41) 王利明=崔建遠『合同法新論・総則』(中国政法大学出版社, 修訂版, 2000年)267頁, 楊立新主編『中華人民共和國合同法解釈与適用(上)』(吉林人民出版社, 1999年)163頁, 楊立新主編・前掲注(15)56頁。他方, 立法論として, 取引の安全および社会的・経済的秩序の安定を図るためにこれを取り消すべきものとすべきだとする見解も有力に主張されている(馬俊駒=余延滿・前掲注(38)(上)274頁)。
- 42) 楊立新『合同法総則(上)』(法律出版社, 1999年)178頁, 崔建遠主編『新合同法原理与案例評釈(上)』(吉林大学出版社, 1999年)143頁注①〔王成執筆〕参照。
- 43) 胡康生主編『中華人民共和國合同法釈義』(法律出版社, 1999年)80頁参照。
- 44) 崔建遠主編『合同法』(法律出版社, 第3版, 2003年)81頁〔崔建遠執筆〕, 陳小君主編『合同法学』(高等教育出版社, 2003年)99頁〔薛軍執筆〕, 隋彭生『合同法要義』(中国政法大学出版社, 2003年)119頁参照。
- 45) 意思表示の効力発生時期は原則として到達時とされる(契約法16条1項, 26条1項)が, 追認するかしないかの意思表示の効力発生時期は, 制限行為能力者保護の観点から, 発信時と解するのが妥当であろう。
- 46) 胡康生主編・前掲注(43)82頁参照。
- 47) 制限行為能力者が締結した契約は, 法定代理人による追認がなされる前までは不確定的な効力しか有しないから, ここにいう「取り消す」を「撤回する」と解するほうが適切であるとする見解がある(韓世遠『合同法総論』(法律出版社, 第3版, 2011年)210-211頁)。
- 48) 胡康生主編・前掲注(43)82頁参照。
- 49) 崔建遠主編・前掲注(44)82頁〔崔建遠執筆〕, 崔建遠主編・前掲注(42)143頁〔王成執筆〕, 陳小君主編・前掲注(44)99-100頁〔薛軍執筆〕, 劉凱湘主編『民法学』(中国法制出版社, 修訂版, 2004年)151頁〔劉凱湘執筆〕参照。
- 50) 韓世遠・前掲注(47)211-212頁, 楊立新・前掲注(42)178頁。
- 51) 韓世遠・前掲注(47)212頁参照。

- 52) 民法通則講座 103 頁〔江平執筆〕参照。
- 53) 王洪・前掲注(24)325-326 頁参照。
- 54) ここにいう過失とは、監督義務を怠ったことをいうと解される(王洪・前掲注(24)326 頁参照)。
- 55) 民法通則講座 102 頁〔江平執筆〕, 楊大文主編・前掲注(15)275 頁〔楊明俠執筆〕参照。
- 56) この場合の法的構成として、本人の依頼に基づき、その訴訟代理人として損害賠償を請求すること(中民訴 58 条参照)が考えられる。
- 57) 制限行為能力者の母, 兄, 姉, 妹が共同して、その者の配偶者が監護の職責を怠ったとしてその解任を請求した裁判例がある。前掲広西梧州市蝶山区法院(2009)蝶民特字第2号参照。
- 58) 梁書文主編・前掲注(21)15 頁参照。
- 59) B の従業員 A (行為無能力者) が第三者に損害を加えた事例で、2 審法院は、B が A の事実上の監護人であることを理由に B に損害賠償を命じた 1 審判決を取り消し、A の父親に損害賠償を命じる判決を下した(民事案例選(下)1613 頁以下参照)。
- 60) 民法通則講座 260 頁〔魏振瀛執筆〕, 梁慧星・前掲注(18)411 頁, 陳国柱主編・前掲注(21)476 頁〔崔建遠執筆〕, 馬俊駒=余延滿・前掲注(38)(下)1155 頁, 劉凱湘主編・前掲注(49)714 頁〔孫穎執筆〕, 楊振山主編『中国民法教程』(中国政法大学出版社, 修訂版, 1999 年)641 頁〔劉士国執筆〕, 謝邦宇=李靜堂『民事責任』(法律出版社, 1991 年)384 頁, 王家福主編『中国民法学・民法債権』(法律出版社, 1991 年)528 頁〔王衛国執筆〕, 張新宝『侵權責任法』(中国人民大学出版社, 2006 年)211 頁ほか。
- 61) 彭万林主編『民法学』(中国政法大学出版社, 1994 年)529 頁〔覃有土執筆〕, 楊立新『侵權法論』(人民法院出版社, 第3版, 2005 年)434 頁は中間責任説を採る。ほかに、被監護人が財産を有するかどうかで区別する説もある。この説によれば、被監護人が財産を有しないときは、監護人は無過失責任を負うが、被監護人が財産を有するときは、自然人の監護人は過失がある場合にのみ補充的責任を負うのに対して、監護人は無過失の全額賠償責任を負うと解される(王利明ほか『民法新論(上)』(中国政法大学出版社, 1988 年)535 頁〔郭明瑞執筆〕)。
- 62) ①中間責任説(楊立新『侵權責任法』(法律出版社, 第2版, 2012 年)228 頁), ②無過失責任説(奚曉明主編『中華人民共和國侵權責任法条文理解与適用』(人民法院出版社, 2010 年)236 頁〔吳曉芳執筆〕), ③嚴格責任説(王利明『侵權責任法研究(下)』(中国人民大学出版社, 2011 年)44 頁), ④無過失責任と中間責任のいずれでもない特殊な責任とする説(王勝明主編『中華人民共和國侵權責任法積義』(法律出版社, 2010 年)161 頁)。
- 63) 王利明ほか・前掲注(61)(上)535 頁〔郭明瑞執筆〕参照。加害者の責任能力を要件としないことは、不法行為責任法 32 条においても踏襲された(王勝明主編・前掲注(62)162 頁参照)。
- 64) 王利明ほか・前掲注(61)(上)535 頁〔郭明瑞執筆〕, 佟柔主編『中国民法』(法律出版

- 社, 1990 年) 590 頁〔王衛國執筆〕, 楊振山主編・前掲注(60)641 頁〔劉士國執筆〕参照。
- 65) 佟柔主編・前掲注(64)590 頁〔王衛國執筆〕参照。
- 66) 李由義主編・前掲注(18)661 頁〔余能斌執筆〕, 王利明ほか・前掲注(61)(上)535 頁〔郭明瑞執筆〕, 李仁王主編『民法学総論』(中共中央党校出版社, 1999 年) 286 頁〔王亦平執筆〕, 張新宝『侵權責任法原理』(中国人民大学出版社, 2005 年) 309 頁, 楊立新・前掲注(61)435 頁, 余能斌=馬俊駒主編『現代民法学』(武漢大学出版社, 1995 年) 731 頁〔余能斌執筆〕, 魏振瀛主編・前掲注(18)719 頁〔王小能執筆〕, 王家福主編・前掲注(60)530 頁〔王衛國執筆〕, 張新宝・前掲注(60)211 頁参照。これに対して, 王利明主編・前掲注(18)634 頁〔汪沢執筆〕は, 本人に財産があることを監護人責任の免責事由と解している。
- 67) この説を採るものとして, 民法通則講座 260 頁〔魏振瀛執筆〕(ただし, 被監護人の勤務先が監護人であるときは, 検討する余地があるとする。), 李由義主編・前掲注(18)661 頁〔余能斌執筆〕(旧説), 楊振山主編・前掲注(60)641 頁〔劉士國執筆〕, 王家福主編・前掲注(60)530 頁〔王衛國執筆〕, 楊立新・前掲注(61)437 頁などがある。その理由として, 監護人となった機関・団体は実質的には国に代わって監護義務を引き受けたものであるということが挙げられている(楊振山主編・前掲注(60)641 頁〔劉士國執筆〕参照)。
- 68) この説を採るものとして, 余能斌=馬俊駒主編・前掲注(66)731 頁注(1)〔余能斌執筆〕(新説), 王利明ほか・前掲注(61)(上)535 頁〔郭明瑞執筆〕などがある。
- 69) 監護人が機関・団体である場合において賠償責任を負うかという江蘇省高級人民法院からの問い合わせに対する最高人民法院民事審判庭の電話回答(1989 年 8 月 30 日)。
- 70) 王勝明主編・前掲注(62)161 頁参照。
- 71) 王勝明主編・前掲注(62)162 頁参照。
- 72) 王勝明主編・前掲注(62)162 頁参照。反対, 奚曉明主編・前掲注(62)240 頁〔吳曉芳執筆〕。
- 73) たとえば, 梁 3 草第 6 編「親族」第 76 章「監護与照顧(世話)」第 2 節「成年者照顧(世話)」, 楊草案第 2 章「自然人」第 2 節「親権・監護与照管(世話)」(ただし, 後者は, 第 42 条では「照管」を使いながら, 第 43 条から第 45 条までは「監護」を使用しており, 用語の統一が図られていない)。
- 74) 小林昭彦=大門匡編著『新成年後見制度の解説』(金融財政事情研究会, 2000 年) 7 頁参照。
- 75) 台湾の新しい成年監護制度については, 王仁越(錢偉栄訳)「台湾成年監護制度の新しい課題」東洋文化研究 12 号(2010 年 3 月) 155 頁以下, 張清雲(錢偉栄訳)「中華人民民法における成年監護制度についての検討」岡孝ほか編『東アジア私法の諸相〔学習院大学東洋文化研究叢書〕』(勁草書房, 2009 年) 19 頁以下, 林秀雄「台湾における成年後見制度の改正について」田山輝明編著『成年後見制度と障害者権利条約』(三省堂, 2012 年) 79 頁以下参照。
- 76) 韓国の新しい成年後見制度については, 朴仁煥「韓国の新成年後見制度の成立と課題」

- 東洋文化研究 14 号 (2012 年 3 月参照) 147 頁以下, 李銀栄「韓国民法の成年後見制度」田山輝明編著『成年後見制度と障害者権利条約』62 頁以下参照。
- 77) 日民 7 条・11 条・15 条 1 項, 韓民 9 条 1 項・12 条 1 項・14 条の 2 第 1 項, 中華民國民法 14 条 1 項・15 条の 1 第 1 項 (以下, 「台民」と略称する。) 参照。ドイツ民法では, 申立権は本人にしか認められていない (同法 1896 条 1 項。以下, 「ド民」と略称する。)
- 78) このことは, 必要性の原則 (ド民 1896 条 2 項) によって担保されている。なお, この原則の解説については, ドイツ成年後見法研究会 (赤松美登里担当) 「ドイツ成年後見制度の改革 (一)」民商 105 巻 4 号 (1992 年) 591 頁以下参照。
- 79) 胡康生主編・前掲注 (43) 581 頁参照。
- 80) 韓国民法の後見契約制度については, 朴仁煥・前掲注 (76) 166 頁以下が詳しい。韓国民法の条文は, 朴仁煥=尹泰榮訳「韓国の成年後見と関連する民法改正条文 (抜粋)」(未公表) による。
- 81) 白緑鉉「日本修改成年人監護法律制度動態」百度文庫 2002 年 1 月 18 日<<http://wenku.baidu.com/view/ee56d1b91a37f11f1855b3e.html>> (2013 年 2 月 7 日アクセス。初出: 法学雑誌 1999 年第 3 期), 李霞「成年後見制度的日本法觀察——兼及我国的制度反思」法学論壇 2003 年第 5 期 88 頁以下参照。
- 82) たとえば, 法工委案には, 任意監護に関する制度設計が見られなかった。
- 83) 梁 2 草・親族の第 1835 条立法理由参照。ほかに任意監護制度の創設を提案したものとして, 陳小雲=屈広清=蘇繼権・前掲注 (15) 論文 (「任意監護」), 楊草案 (「意定監護」。43 条), 申草案 (「委任監護」。5 条) がある。
- 84) 梁 3 草 1834 条 2 項は, 公正証書によることを契約の成立要件としている。なお, 任意後見契約法 3 条および韓民 959 条の 14 第 2 項参照。
- 85) 小林昭彦ほか編『一問一答 新しい成年後見制度』(商事法務, 新版, 2006 年) 176 頁参照。
- 86) 日本任意後見契約法 2 条 1 号および韓民 959 条の 14 第 3 項参照。
- 87) 梁 2 草・親族 249 頁以下, とりわけ 251 頁参照。岡孝教授がこの問題点を指摘している (同「東アジアにおける成年後見制度の比較」民事研修 667 号 (2012 年 11 月) 12 頁)。ただし, 同論文にいう「梁慧星第 2 草案」とは本稿にいう「梁 3 草」に相当する。
- 88) 梁 2 草・親族 249 頁以下, とりわけ 251 頁参照。
- 89) 福建廈門市思明区法院 (2000) 民特字第 337 号 (案例要覽 2001 年民事 535 頁)。
- 90) 2102 年 10 月 26 日成立した精神衛生法 (2013 年 5 月 1 日施行) は, 「精神障碍患者」に改めた。
- 91) 武俐 (中国山東省高級人民法院法官) は実務家の立場からこの点を指摘している (同「中国審判実務中的老年監護」。未公表)。
- 92) 梁 2 草・親族 248 頁参照。
- 93) なお, 日民 843 条 4 項, 台民 1094 条の 1, 韓民 936 条 4 項参照。

- 94) 前掲注(28)参照。
- 95) 中国婚姻法20条(夫婦間の扶養義務), 同21条(親子間の扶養義務), 同28条(祖父母・孫間の扶養義務)および, 同29条(兄弟姉妹間の扶養義務)参照。
- 96) 民法通則講座22頁〔顧昂然執筆〕参照。なお, 民法通則施行前の学説は, 夫婦間の扶養義務を定める婚姻法14条(現20条)および親子間の扶養義務を定める同15条(現21条)の法意に照らして, 本人の配偶者, 父母または子をその法定監護人としてできると解していた(佟柔主編『民法原理』(法律出版社, 1983年)47頁参照)ことから, 親族監護中心の考えを窺うことができる。
- 97) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」裁判所 HP <<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/index.html>> (2013年2月7日アクセス) 参照。
- 98) 2011年に選任された弁護士・司法書士・社会福祉士・行政書士・税理士・精神保健福祉士などの専門職後見人は, 成年後見人の全体の約39.6%, 第三者後見人中の約88.9%を占めている(前掲注(97)「成年後見関係事件の概況——平成23年1月~12月——」参照)。なお, 立法当時も, 第三者後見の主な担い手として専門職後見人が想定されていたようである(小林昭彦ほか編・前掲注(85)112頁参照)。
- 99) 大貫正男「特集Ⅰ市民後見人・市民参加の成年後見制度——市民後見人の現状と課題——」実践成年後見32号8頁参照。
- 100) 北日本新聞2009(平成21)年12月6日参照。
- 101) 「市民後見関連情報」厚生労働省 HP <http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/kaigo_kourei/shiminkouken/index.html> (2013年2月7日アクセス) 参照。
- 102) 「権利擁護センターぱあと」2012年8月受任状況」社団法人・日本社会福祉士会 HP <http://www.jacsw.or.jp/12_seinenkoken/juninjokyo/1208.html> (2013年2月6日アクセス) 参照。
- 103) なお, 日本も同様の理由で配偶者法定後見人制度を廃止した。これについて小林昭彦=大門匡編著・前掲注(74)116-117頁, 小林昭彦=原司『平成11年民法一部改正法等の解説』(法曹会, 2002年)48頁参照。
- 104) たとえば, 民法通則施行前の裁判実務では, 適任者がいないときは, 人民法院は, 本人の父母のかつての勤務先をその監護人として選任できるとされていた(佟柔主編・前掲注(96)47頁参照)。
- 105) 中国の社会主義経済体制の性格ないしあり方に関する考えは次のように変遷してきた。すなわち, 伝統的な「計画経済」⇒「計画経済を主とし, 市場調節を従とするもの」(中国共産党第12期党大会)⇒「公有制を基礎とした計画的商品経済」(同第12期中央委員会第3回全体会議)⇒「計画と市場が内在的に統一する体制」(同第13期党大会)⇒「計画経済と市場調節を結合する経済体制および運行メカニズム」(同第13期中央委員会第4回全体会議)へと変わり, 最終的には, 同14期党大会で, 計画経済を完全に放棄し, 「社会主義市場経済」の建設を明らかにした(江沢民「加快改革开放和現代化建設步伐奪取有

- 中国特色社会主义事業の更大勝利——在中国共產党第14次全国代表大会上的報告（1992年10月12日）」求是雜誌1992年第21期9頁参照）。
- 106) 賈宝波「中国の国有企業における『単位』制度改革の現状と今後の発展」日本総研2000年2月1日〈<http://www.jri.co.jp/report/rim/detail/3798/>〉（2013年2月7日アクセス。初出：RIM環太平洋ビジネス情報2000年2月№48）参照。
- 107) その理由については、梁2草・親族253頁参照。楊大文主編・前掲注(15)274頁〔陳明俠執筆〕は、民政部門を公職監護人とするに反対する。
- 108) 岡・前掲注(87)14頁は、法定後見の必要性の有無を定期的に審査する必要があるという視点からこの点を指摘している。
- 109) 同規定は、イタリア民法426条、フランス民法491条の1（正しくは496条の1）、スイス民法415条などを参照して作られた（梁2草・親族1845条立法例参照）。なお、イタリア民法の条文については、風間鶴寿訳『全訳イタリア民法典』（法律文化社、追補版第2刷、1983年）、フランス民法の条文については、法務省司法法制調査部編〔稲本洋之助訳〕『フランス民法典——家族・相続関係——』（法曹会、1978年）参照。イタリア民法は2004年1月から新しい成年後見制度を導入したが、後見人・保佐人の任期に関する規定は、同規定の適用除外例を1つ増やした以外は変わらなかった（岡戸正成＝岡戸満寿美「イタリア民法（Codice Civile）に2004年1月に新しく導入された成年後見制度」日本福祉大学中央福祉専門学校同窓会 kikunaWEB〈www.netnfu.ne.jp/kizuna/news/2012/soukai/ronbun1.pdf〉（2013年2月15日アクセス）参照）。また、現行スイス民法421条（2013年1月1日施行）は、親族が援助者（Beistand または Beiständin）に選任される場合を考慮に入れ、任期を明文で定めることをやめ、それを成年者保護官庁（Erwachsenenschutzbehörde）の裁量に委ねることとした。Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches（Erwachsenenschutz, Person enrecht und Kindesrecht）（06.063）（BBl 2006 7001），S.7060.〈<http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/index.html>〉（2013年2月8日アクセス）。
- 110) 梁2草・親族1845条理由参照。
- 111) 正当な事由として、たとえば、①成年後見人等が職業上の必要等から遠隔地に住居を移転し、後見等の事務の遂行に支障が生じた場合、②老齢・疾病などにより後見等の事務の遂行に支障が生じた場合、③本人またはその親族との間に不和が生じた場合などが考えられている（小林昭彦＝大門匡編著・前掲注(74)159頁参照）。
- 112) 小林昭彦＝大門匡編著・前掲注(74)159頁。
- 113) 筆者は、2011年度高岡法科大学秋季公開講座「成年後見制度の現状と課題」の第5回（2011年12月3日）の講演原稿（未公表）でこの問題を提起した。
- 114) 最高裁判所の調査によれば、2010年6月から2012年3月までの1年10か月間での成年後見人等による着服事件は550件で、被害総額は54億円を超えたと伝えられている（読売新聞2013年1月6日2面）。
- 115) 広島高等裁判所は2012年2月、成年後見人がその在任中に成年被後見人の預金を横領

したにもかかわらず，成年後見人の当該横領を認識した担当家事審判官がこれを防止する監督処分をしなかったことが，家事審判官に与えられた権限を逸脱して著しく合理性を欠くと認められる場合に当たり，成年後見人の選任についてはともかく，家事審判官の当該成年後見人に対する監督の違法を理由とする国家賠償責任があると認めた（広島高判平24・2・20金商1392号49頁以下）。